

EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NO AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 77.097 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. GILMAR MENDES
EMBTE.(S)	: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBDO.(A/S)	: BR F S.A.
ADV.(A/S)	: MARCELO CAMA PROENÇA FERNANDES
INTDO.(A/S)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):
Inicialmente, ressalto que os embargos de declaração são cabíveis para sanar a ocorrência de obscuridade, contradição e omissão, bem como para corrigir eventual erro material (art. 1.022 do CPC).

No presente caso, não se verifica nenhuma dessas hipóteses. Registre-se ainda que os embargos de declaração não constituem meio processual cabível para reforma do julgado, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais, não vislumbradas no presente caso.

Assim, o embargante não trouxe argumentos suficientes para infirmar a decisão, visando apenas à rediscussão da matéria já decidida em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte.

De início, anoto que não assiste razão ao embargante quanto à alegação de nulidade do julgamento em razão da ausência de intimação para se manifestar sobre os embargos de declaração com pedido de efeitos infringentes.

Com efeito, as razões que poderiam ter sido deduzidas em contrarrazões, a fim de influir no julgamento, foram devidamente apresentadas neste recurso. Assim, não há qualquer prejuízo à parte embargante.

Ultrapassada essa questão, cumpre destacar que publicação do paradigma em data posterior à prolação do ato reclamado não impede a

propositura de reclamação.

Vejamos.

Rememoro que, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 4, relator Sydney Sanches, DJ 21.5.1999, esta Corte consagrou o cabimento da medida cautelar em sede de ação declaratória, para que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento de processos que envolvam a aplicação do ato normativo impugnado.

Entendeu-se admissível que o Tribunal passasse a exercer, em sede de ação declaratória de constitucionalidade, o poder cautelar que lhe é inerente, *“enfaticamente se que a prática da jurisdição cautelar acha-se essencialmente vocacionada a conferir tutela efetiva e garantia plena ao resultado que deverá emanar da decisão final a ser proferida naquele processo objetivo de controle abstrato”*. É que, como bem observado pelo Ministro Celso de Mello, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao deferir o pedido de Medida Cautelar na ADC 4/DF, expressamente atribuiu à sua decisão eficácia vinculante e subordinante, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes.

O Supremo, ao conceder o provimento cautelar requerido na ADC 4/DF, proferiu, por maioria de nove votos a dois, a seguinte decisão:

“O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam”. (DJ 21.5.1999).

Portanto, considerou o Tribunal que a decisão concessiva da cautelar afetava não apenas os pedidos de tutela antecipada ainda não decididos, mas todo e qualquer efeito futuro da decisão já proferida nesse tipo de procedimento. Em outros termos, o Poder Público Federal ficava desobrigado de observar as decisões judiciais concessivas de tutela fundadas na eventual inconstitucionalidade da Lei 9.494/1997, a partir da data da decisão concessiva da cautelar em ação declaratória, independentemente de a decisão judicial singular ter sido proferida em período anterior. E, mais, que, em caso de não observância por parte dos órgãos jurisdicionais ordinários, o remédio adequado haveria de ser a reclamação.

Seguindo essa compreensão, verifico que, ainda que se considerasse que a decisão proferida no processo paradigma de controle concentrado fosse posterior ao ato reclamado, tal circunstância não impediria a utilização da reclamação como instrumento apto a suspender os efeitos futuros da decisão impugnada.

Relevante ressaltar que a reclamação constitucional se destina a assegurar não só a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do Supremo Tribunal Federal, mas também constitui-se como ação voltada à proteção da toda a ordem constitucional.

A tendência atual é que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional, voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado vêm sendo superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira.

Não me parece racional que o STF feche os olhos para uma afronta direta às suas decisões, em virtude de questão meramente formal.

Ademais, também devemos levar em consideração os princípios da celeridade e da economia processual, norteadores do nosso processo

constitucional.

No mais, conforme assentado no acórdão embargado, esta Suprema Corte, nos paradigmas invocados, delineou importantes **balizas** no que concerne à limitação da propaganda comercial — expressão do direito à liberdade de expressão e comunicação — notadamente no que diz respeito à necessária realização de **juízo de proporcionalidade e razoabilidade** entre os valores e princípios postos em conflito. É o que se pode extrair das ementas dos paradigmas mencionados:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º, CAPUT e §§ 2º, 3º, 4º, 5º E 6º, DA LEI Nº 9.294/1996. PRODUTOS FUMÍGENOS, DERIVADOS OU NÃO DO TABACO. RESTRIÇÕES À PROPAGANDA COMERCIAL. ADVERTÊNCIAS SANITÁRIAS NAS EMBALAGENS. PRELIMINARES REJEITADAS. ADITAMENTO ACOLHIDO. EPIDEMIA DO TABAGISMO. CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O CONTROLE DO TABACO (CQCT). OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PREVALÊNCIA DA TUTELA DA SAÚDE. PRIORIDADE ABSOLUTA DA PROTEÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA. 1. A Confederação Nacional da Indústria (CNI), entidade sindical de nível superior que congrega as empresas da indústria nacional, enquadra-se na hipótese de legitimação prevista no art. 103, IX, CF. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade, por existir pertinência temática entre seus fins institucionais e a controvérsia constitucional posta. As restrições impugnadas afetam os interesses das fabricantes dos produtos fumígenos, responsáveis pela propaganda da

marca e dos produtos e pelas embalagens. 2. É da linha decisória deste Supremo Tribunal Federal a prejudicialidade por alterada a norma contestada. Inexistência de inovação substancial a ponto de exigir a reconstrução do quadro argumentativo em nova ação. Rejeitada a preliminar de prejuízo, com acolhimento do aditamento da petição inicial. 3. A propaganda comercial encontra proteção constitucional, por ser manifestação da liberdade de expressão e comunicação. Na arquitetura dos direitos fundamentais, que não comporta direitos absolutos, sujeita-se a restrições, desde que proporcionais, na proteção de outros valores públicos. 4. A atividade empresarial, em todas as suas facetas, inclusive a publicitária, submete-se aos princípios da ordem econômica e há compatibilizar-se com a concretização dos demais direitos fundamentais. 5. O art. 220, § 4º, CF, no sentido de que a propaganda do 'tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias' pode sofrer 'restrições legais' explicita a possibilidade e a importância das limitações publicitárias dos produtos notadamente nocivos. 6. A propaganda comercial pode sofrer restrição legal de variada intensidade e, de modo proporcional, ser afastada para a tutela de outros direitos fundamentais. A expressão 'restrição', no art. 220, § 4º, CF, não traduz limitação apriorística à ponderação de valores resultante da aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto. 7. Surgem constitucionais as restrições da publicidade dos produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, limitada à exposição dos produtos nos postos de venda, e a imposição de advertência sanitária acompanhada de imagem, por se mostraram adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito, no contexto

multifacetado das políticas públicas de combate ao fumo e de controle do tabaco. 8. Prevalência da tutela da saúde (art. 6º, CF) e incidência da proteção prioritária da criança e do adolescente (art. 227, CF). Concretização dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF), mediante o estabelecimento de limites à atividade empresarial, no trato de problema de saúde pública de grande proporção. Limitada a livre iniciativa, na dimensão expressiva e comunicativa, para a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional sustentável, a redução de desigualdades e a promoção do bem de todos. 9. Inocorrência de delegação legislativa ao atribuir-se, ao Ministério da Saúde, a tarefa de especificar as advertências sanitárias. Competência regulamentar de segundo grau para fiel execução da lei. Aplicação do precedente formado ao julgamento da ADI 1075 (Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. virtual de 25.9 a 05.10.2020, DJe 19.10.2020). 10. Ação conhecida e pedido julgado improcedente.” (ADI 3.311, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 29.9.2022; grifos nossos);

“DIREITO CONSTITUCIONAL. PROTEÇÃO DA INFÂNCIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 13.582/2016 POSTERIORMENTE MODIFICADA PELA LEI 14.045/2018 AMBAS DO ESTADO DA BAHIA. RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE INFANTIL DE PRODUTOS DE BAIXO VALOR NUTRICIONAL NAS ESCOLAS. AUSÊNCIA DE OFENSA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. FEDERALISMO COOPERATIVO. PROPORCIONALIDADE. RESTRIÇÃO

MÓDICA NO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMERCIAL. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Não há prejuízo da ação direta quando nova norma altera a que é impugnada mantém, em tese, o vício de inconstitucionalidade formal. 2. Como recomenda a Organização Mundial da Saúde, as escolas e os demais locais onde as crianças se reúnem devem ser livres de todas as formas de publicidade de alimentos ricos em gorduras saturadas, gorduras trans, açúcares ou sódio, porque essas instituições agem como in loco parentis, ou seja, no lugar dos pais. 3. A Constituição não admite que a inação da União em regular a publicidade infantil nesses lugares possa ser invocada para impedir a adoção de medidas por parte de Estados para cumprirem as obrigações que decorrem diretamente dos instrumentos internacionais de proteção à saúde e à infância. Precedentes. 4. Atende à proporcionalidade a restrição à liberdade de expressão comercial que visa a promover a proteção da saúde de crianças e adolescentes e que implica restrição muito leve à veiculação de propaganda, porquanto limitada ao local para o qual é destinada, delimitada apenas a alguns produtos e a um público ainda mais reduzido. 5. Ação direta julgada improcedente.” (ADI 5.631, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 27.5.2021; grifos nossos);

“Ação direta de inconstitucionalidade. Código de Trânsito Brasileiro. Lei que determina a veiculação de mensagens educativas de trânsito em campanhas publicitárias de produtos da indústria automobilística (Lei 12.006/2009). Alegação de violação da livre iniciativa e da

liberdade de expressão. Não configuração. Cooperação entre o Estado e a iniciativa privada para aperfeiçoamento da educação de todos no trânsito. Princípios da proteção ao consumidor e da função social da propriedade. Improcedência da ação direta. 1. A Lei nº 12.006/2009 acrescentou, no Código de Trânsito Brasileiro, dispositivos que determinavam a veiculação de mensagens educativas de trânsito em peças publicitárias de produtos da indústria automobilística (arts. 77-A e 77-E). 2. As normas não trazem qualquer restrição à plena liberdade de comunicação das empresas ou à livre iniciativa e não excluem, ademais, a responsabilidade do Estado em promover, por ato próprio, publicações de mensagens educativas de trânsito. Trata-se, apenas, de cooperação da indústria automobilística, consectária da proteção ao consumidor e da função social da propriedade (princípios da ordem econômica), na divulgação de boas práticas de trânsito. 3. Improcedência da ação direta.” (ADI 4.613, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 3.12.2018; grifos nossos).

Reitero, portanto, que a jurisprudência desta Corte admite a **imposição de restrições à liberdade de propaganda e expressão comercial desde que haja um juízo de ponderação entre os valores envolvidos, com observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.**

No caso em análise, consta do voto do eminente relator, Min. Herman Benjamin, que:

“(…)

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência

reconhecendo a abusividade de publicidade de alimentos direcionada, de forma explícita ou implícita, a crianças. Isso porque a decisão de comprar gêneros alimentícios cabe aos pais, especialmente em época de altos e preocupantes índices de obesidade infantil, um grave problema nacional de saúde pública.

Diante disso, consoante o art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, estão vedadas campanhas publicitárias que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil. Na ótica do Direito do Consumidor, publicidade é oferta e, como tal, ato precursor da celebração de contrato de consumo, negócio jurídico cuja validade depende da existência de sujeito capaz (art. 104, I, do Código Civil).

Em outras palavras, se criança, no mercado de consumo, não exerce atos jurídicos em seu nome e por vontade própria, por lhe faltar poder de consentimento, tampouco deve ser destinatária de publicidade que, fazendo tábula rasa da realidade notória, a incita a agir como se plenamente capaz fosse. (...)" (grifos nossos).

Esse entendimento foi confirmado posteriormente pela Segunda Turma do STJ no julgamento de embargos de declaração.

Ora, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça **proibiu de forma geral e irrestrita a publicidade destinada ao público infantil para a aquisição de alimentos**, com fundamento em dispositivos legais previstos no Código de Defesa do Consumidor (propaganda abusiva) e no Código Civil (validade do negócio jurídico), **sem promover, no entanto, o imprescindível juízo de ponderação entre os valores constitucionais envolvidos**, o que caracteriza, a meu ver, flagrante desrespeito ao entendimento adotado no julgamento das ADIs 3.311, 4.613 e 5.631.

Assim, não verifico a ocorrência de omissão, contradição,

obscuridade ou erro material a dar ensejo ao acolhimento dos presentes embargos.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

É como voto.